

РЕШЕНИЕ

по делу № 47-Р-2017

10 января 2018 г.
Чебоксары

г.

Резолютивная часть решения оглашена 22 декабря 2017 года.

Решение в полном объеме изготовлено 10 января 2018 года.

Комиссия Чувашского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Комиссия) в составе:

председатель Комиссии:

«...»

члены Комиссии:

«...»

рассмотрев дело № 47-Р-2017, возбужденное в отношении:

ПАО "ВымпелКом" (127083, г.Москва, ул. Восьмого Марта, д.10, стр. 14);

ООО "Цитрус" (г.Чебоксары, ул. А.Королева, д.2, пом.37)

по признакам нарушения требований, установленных ч. 1 ст. 18 Федерального закона от 13.06.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее - Закон о рекламе), в связи с распространением рекламы посредством подвижной радиотелефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии лиц, в действиях которых содержатся признаки нарушения Закона о рекламе:

представителя ПАО "ВымпелКом" - «...» по доверенности от 12.05.2017 № ЦР -17-10;

представителя ООО "Цитрус" – «...» по доверенности от 07.11.2017 б/н;

в присутствии Заявителя - гражданки «...» в присутствии заинтересованного лица: ведущего юрисконсульта филиала ПАО "МТС" в Чувашской Республике (109147, г. Москва, ул. Марксистская, д.4) – «...» по доверенности от 29.12.2015 № 0308/15,

УСТАНОВИЛА:

15.09.2017 в адрес Чувашского УФАС России поступило заявление гражданки «...» (далее Заявитель) по факту поступления на номер сотового телефона, принадлежащего Заявителю («...») нежелательных смс-сообщений.

Согласно заявлению на выделенный Заявителю номер мобильного телефона («...») поступили нежелательные рекламные смс - сообщения с номера телефона «...», содержащие следующее.

14.07.2017 в 17:57: "Бронируйте две карты...", 18.08.2017 в 18:38: "Дарим шесть месяцев фитнеса ...", 15.09.2017 в 11:12: "Осень фитнеса бесплатно..."

Поступление указанных сообщений подтверждается фотоснимком экрана мобильного телефона Заявителя.

При этом Заявитель указывает, что не выражал согласие на получение данной рекламы.

Из информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru) установлено, что указанный номер Заявителя принадлежит номерной емкости, закрепленной за оператором подвижной связи ПАО "МТС".

Согласно представленной информации ПАО "МТС" следует, что общество подтверждает принадлежность номера («...») абоненту ПАО "МТС" – «...» (Заявителю) согласно договор об оказании подвижной радиотелефонной связи, заключенному между ПАО "МТС" и Заявителем.

При этом, из информации, размещенной на официальном сайте Федерального агентства связи (www.rossvyaz.ru) установлено, что рассматриваемые смс - сообщения поступили от абонента,

принадлежащего номерной емкости, закрепленной за оператором подвижной связи ПАО "Вымпел-Коммуникации".

Из информации, представленной ПАО "Вымпел-Коммуникации" следует, что абонентский номер <...> «...» выделен ООО "Цитрус" (ИНН 2130064143, адрес: г.Чебоксары, ул. А.Королева, д.2, пом.37) на основании договора об оказании услуг связи от 01.02.2017 № 637547346.

Согласно выписке ЕГРЮЛ ИФНС России, ООО "Цитрус" (ИНН2130064143) имеет основную деятельность - деятельность в области спорта (код 93.1).

Таким образом, ПАО "Вымпел-Коммуникации", предоставив ООО "Цитрус" в пользование телефонный номер «...», предоставило услуги сотовой связи, в том числе для направления смс - сообщений абонентам радиотелефонной с в я з и .

В связи с изложенным, ПАО "Вымпел-Коммуникации" могло располагать сведениями о количестве направляемых ООО "Цитрус" смс - сообщений, поскольку осуществляло непосредственные действия для обеспечения ООО "Цитрус" формирования и доставки смс - сообщений, осуществив, в последующем, передачу смс-сообщений на платформу смс-центра оператора связи ПАО "МТС", оказывающего услуги связи Заявителю.

Из установленных обстоятельств, определено, что до начала оказания услуг, ПАО "Вымпел-Коммуникации", в целях соблюдения требований договора об оказании услуг связи, имело возможность предотвратить осуществление рассылки смс-сообщений с указанными по тексту содержанием.

В данном случае, ООО "Цитрус" осуществляло непосредственные действия по рассылки смс - рекламы Заявителю без его предварительного согласия.

При этом, наличие обязательства ООО "Цитрус", при использовании выделенного номера сотовой связи, соблюдать требования договора об оказании услуг связи, а также самостоятельно получать согласие абонента на получение смс-сообщений, не снимает с ПАО "Вымпел-Коммуникации" обязанностей по соблюдению требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, поскольку не устраняет условий, при которых такое лицо признается рекламодателем.

Само по себе отсутствие участия в процессе формирования текста рекламы и направление ее адресатам, не снимает с ПАО "ВымпелКом" ответственности по соблюдению требований статьи 18 Закона о рекламе, поскольку данное лицо являются рекламодателями в силу законодательного определения.

Согласно ст. 3 Закона о рекламе, рекламодатель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Каждый из вышеуказанных хозяйствующих субъектов осуществил конкретное фактическое действие, в силу которых рассматриваемая реклама была доставлена конечному адресату - Заявителю.

В случае отсутствия последовательности соответствующих действий ПАО "ВымпелКом" и ООО "Цитрус" рассматриваемое сообщение не достигло бы конечного адресата - потребителя рекламы (Заявителя).

На основании изложенного, ПАО "ВымпелКом" и ООО "Цитрус" являются рекламодателями рассматриваемых рекламных сообщений.

Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена на рекламодателей.

Из представленных ПАО "ВымпелКом" пояснений, в том числе в письменном виде (вх. от 25.09.2017 № 04-10/6578), следует, что общество в своих действиях не признает нарушение Закона о рекламе.

Абонентский номер «...» выделен ПАО "ВымпелКом" ООО "Цитрус" на основании договора об оказании услуг связи от 01.02.2017 № 637547346. Отправителем рассматриваемого рекламного смс-сообщения является абонент-юридическое лицо в рамках заключенного абонентского договора.

В данном случае ПАО "ВымпелКом" не имело возможности вмешиваться в процесс передачи по сетям электросвязи сообщений, передаваемых с одного номера на другой, в силу охраняемой законом тайны связи.

Общество оказывает услуги связи на основании имеющихся лицензий и в соответствии с установленными требованиями Федерального закона Российской Федерации от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи», а также нормами гражданского законодательства.

В данном случае Оператор связи не является и не может быть распространителем информации или сведений, содержащихся в сообщении, поскольку выполнял техническую функцию передачи сообщения (закрытого пакета информации), а не информации определенного содержания.

Оператор связи не может нести ответственности за содержание сообщений, т.к. в рассматриваемом случае осуществление проверки содержания сообщения не представлялось возможным.

Кроме того, Общество не имеет возможности вмешиваться в процесс передачи по сетям электросвязи сообщений, передаваемых с одного номера на другой, в силу охраняемой законом тайны с в я з и .

Согласно ст. 44 ФЗ «О связи» услуги связи оказываются операторами связи абонентам на основании договора об оказании услуг связи (абонентский договор), заключаемого в соответствии с гражданским законодательством и правилами оказания услуг связи. Правила оказания услуг связи утверждаются Правительством

Российской Федерации.

Подпунктом 4.1. пункта 4 условий об оказании услуг связи Билайн корпоративным клиентам, в том числе, установлено, что Абонент обязан не использовать предоставляемые по Договору телефонные номера для проведения лотерей, викторин, конкурсов (в том числе, связанных с публичным объявлением наград), и иных подобных мероприятий.

В данном случае, общество, как оператор связи, при выявлении нарушения абонентом (ООО "Цитрус") подпункта 4.1 пункта 4 условий об оказании услуг связи Билайн приняло необходимые меры, которые соответствуют требованиям действующего законодательства, в связи с чем телефонный номер <...> выделенный ООО "Цитрус", был приостановлен.

Из представленных в заседании Комиссии ООО "Цитрус" пояснений следует. На официальном сайте ООО «Цитрус» (citrusfit.ru) любой пользователь Интернета, имеет возможность зарегистрироваться, оставив свои персональные данные, а именно полные фамилию имя отчество и федеральный номер сотового телефона, для того, чтобы получать ту или иную услугу от ООО «Цитрус».

При этом, пользователи сайта указывает согласие на обработку персональных данных согласно Политики защиты персональной информации, которая находится в открытом доступе в левом нижнем углу на каждой страничке сайта.

Таким образом, Заявитель зарегистрировался на сайте ООО "Цитрус" (citrusfit.ru) 10.03.2015 в 15 час. 41 мин. При этом полностью указав свою фамилию, имя, отчество, номер сотового телефона в заявке "Абонемент в йога - студию", проставив галочку на согласие на обработку персональных данных в соответствии с Политикой защиты персональной информации пользователей сайта.

Из пояснений ООО "Цитрус" следует, что общество полагает, что тем самым Заявитель дала согласие на рассылку смс - сообщений от ООО "Цитрус".

Согласно пояснениям общества, данные Заявителя сохранились в электронном виде "Списке заявок". Отказ на получение смс - сообщение Заявитель в адрес ООО "Цитрус" не направлял.

Таким образом ООО "Цитрус" направило в адрес Заявителя рассматриваемые сообщения.

При этом, ООО "Цитрус" указало, что в случае если бы Заявитель не поставил галочку в согласии на обработку персональных данных, то регистрация не была бы завершена и услуга в регистрации Заявителя в электронной базе данных клиентов ООО "Цитрус" не осуществилась.

В связи с изложенным, общество полагает, что, осуществляя рассылку рекламного характера, в связи с тем, что Заявитель числится в электронной базе данных ООО "Цитрус", не нарушило требования норм Закона о рекламе.

В опровержение указанного в заседание Комиссии Заявителем представлены пояснения, в том числе в письменном виде (вх. от 01.12.2017 № 04-10/8014), согласно которым Заявитель приобщил к материалам настоящего дела скриншоты архива сайта www.citrusfit.ru по состоянию с 2010 года по 2017 год, подтверждающие факт отсутствия требуемой "галочки", дающей согласие на обработку персональных данных и на получения тем самым рекламы путем направления смс - сообщений от ООО "Цитрус".

В связи с чем, Заявитель указывает, что не проставлял "галочку", дающую согласие на обработку персональных данных и получение смс-рекламы от ООО "Цитрус".

Кроме того, Заявитель обратил внимание Комиссии на то, что данная "галочка" на официальном сайте ООО "Цитрус" появилась 19.09.2017, т.е. после направления жалобы в антимонопольный орган. При этом, всплывающее "окошко" с "Политикой конфиденциальности" также появилось 19.09.2017, до указанного периода времени окошко с "Политикой конфиденциальности" не выходило.

На заявленные доводы Заявителя ООО "Цитрус" в заседание Комиссии 22.12.2017 представило следующее.

Указанный Заявителем некоммерческий ресурс (сайт www.citrusfit.ru) является частным хранилищем, в том числе, он является бесплатным.

Соответственно ответственность за предоставленную информацию сайт не несет. В связи с чем, гарантировать правильность сбора информации данным ресурсом не представляется возможным.

При этом, ООО "Цитрус" указало, с представлением доказательств того, что на момент рассмотрения дела на официальном сайте общества (citrusfit.ru) осуществлена работа по доработке обратной связи в подтверждение имени и номера телефона абонента, согласившегося с обработкой его персональных данных, зарегистрированного на сайте и желающего получать информацию, как указанную на сайте, так и рекламную характера, в том числе, о проводимых акциях фитнес клуба «Цитрус» путем средств массовой информации и посредством направления смс - сообщений.

Оценив и проанализировав представленные в заседании Комиссии материалы и заявленные доводы, Комиссия приходит к следующему.

Под рекламой, определенной частью 1 статьи 3 Закона о рекламе, понимается информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств,

адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Содержание информации, полученной Заявителем, является рекламой, поскольку обладает всеми квалифицирующими признаками рекламы применительно к пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, и, таким образом, на нее распространяются все требования и ограничения Закона о рекламе.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

Поскольку из обращения Заявителя следует, что он не давал какому-либо лицу согласие на получение рассматриваемого рекламного сообщения, следовательно, данное обстоятельство указывает на признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

При этом, особенности распространения рекламы в виде смс-рассылок по сетям электросвязи регламентированы статьей 44.1 Федерального закона «О связи».

В данном случае, в соответствии с требованиями вышеуказанной нормы Закона «О связи», рассматриваемое смс-сообщение не обладает признаками рассылки по следующим основаниям:

- не являются автоматическими, так как всю последовательность действий, необходимых для отправки коротких текстовых сообщений (SMS) определенного содержания, абонент осуществляет самостоятельно (набор текста, выбор адресата получателя сообщения, нажатие клавиши «Отправить»).

- номер <...> выделенный абоненту соответствует российской системе и плану нумерации (между ПАО «ВымпелКом» и ООО "Цитрус" заключен договор об оказании услуг связи Билайн с выделением абонентского номера);

- рассматриваемое смс - сообщение не относится к сообщениям, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Таким образом, между ПАО «ВымпелКом» и абонентом номера «...», выделенного ООО "Цитрус", с которого были направлены смс-сообщения рекламного характера, заключен не договор о рассылке, как это предусматривает ст.44.1 Закона «О связи», а абонентский договор по Правилам оказания телефонных услуг связи.

Таким образом, сообщение, инициированное абонентом номера «...» на номер сотовой связи Заявителя, по содержанию является рекламным, но не обладает признаками рассылки в соответствии со ст.44.1 Закона «О связи».

В свою очередь, поскольку рассматриваемое смс-сообщение не является рассылкой, то ст.44.1 Закона «О связи» к деятельности оператора связи по передаче коротких текстовых сообщений, направляемых его абонентами на номер других абонентов, не применяется.

В данном случае, оценка оператором связи содержания смс-сообщений являлась бы прямым нарушением положений ст.63 Закона «О связи» и ст.23 Конституции РФ, согласно которым каждый имеет на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и почтовой связи.

Лицо в качестве рекламораспространителя признается с учетом обстоятельств конкретного дела.

В данном случае, рассматриваемое смс-сообщение поступило в качестве абонентской переписки из сети оператора связи ПАО "ВымпелКом" с номера, закрепленного за юридическим лицом (ООО "Цитрус"), который самостоятельно сформировал и направил рассматриваемое смс - сообщение, в сеть оператора связи ПАО "МТС" на номер сотовой связи физического лица (Заявителя).

В конкретном случае, оказывая абонентам услуги по передаче смс - сообщений в рамках договора об оказании услуг связи, оператор связи осуществлял передачу

получателю информации, сформированной отправителем, имея целью не распространение рекламы, а оказание услуг связи. ПАО "ВымпелКом", обеспечивая

подключение к сети электросвязи, фактически является средством, через которое абоненты обмениваются как голосовой, так и текстовой информацией в виде приема (передачи) текстовых сообщений. Абонент самостоятельно

пользуется услугами связи посредством технической возможности, которую обеспечивает ему оператор связи. При оказании услуги по передаче коротких текстовых

сообщений (смс- сообщений) ПАО "ВымпелКом", как оператор связи, не располагает сведениями о том, какая именно информация (рекламная или личного характера) включена отправителем в смс-сообщение и будет передана получателю, при ее оказании ПАО "ВымпелКом", как оператор связи, не вправе отказывать в предоставлении услуги. Кроме того, ПАО "ВымпелКом" информирует, что обществом были реализованы законодательно закрепленные меры по прекращению деятельности номера «...».

В рассматриваемом случае, абонент номера «...» осуществил непосредственные действия по рассылки смс - рекламы Заявителю без его предварительного согласия.

В рамках рассмотрения настоящего дела антимонопольным органом дана всесторонняя оценка действительной роли оператора связи в направлении рассматриваемой рекламы.

С учетом рассмотренных обстоятельств и представленных материалов, Комиссией установлено, что ПАО "ВымпелКом" не обладало в данном случае информацией о распространении именно рекламы, в связи с ограничениями, установленными для оператора связи действующим законодательством, и не имело возможности вмешательства (прекращения) в распространение рекламы как с точки зрения исполнения возложенных на него обязательств по договору предоставления услуг связи, так и с точки зрения исполнения требований законодательства в области связи.

Следует также отметить, что в соответствии с п.68 постановления Правительства Российской Федерации от 10.09.2007 № 575 "Об утверждении Правил оказания телематических услуг связи" оператор связи не несет ответственности за содержание информации, передаваемой (получаемой) абонентом и (или) пользователем при пользовании телематическими услугами связи.

Как следует из материалов дела и установлено в заседании Комиссии у ПАО «ВымпелКом» не имелось оснований для признания рассматриваемого рекламного сообщения ненадлежащей рекламой, нарушающей нормы требований ч. 1 ст.18 Закона о рекламе.

В связи с изложенным Комиссия приходит к выводу, что, в рассматриваемой случае, оснований для признания ПАО «ВымпелКом» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе не имеется.

При этом, Комиссией установлено, что рассматриваемые смс - сообщения сформированы и направлены в адрес Заявителя ООО "Цитрус", при этом последнее не признает вины в нарушении ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

С данным заявлением Комиссия не может согласиться ввиду следующего. Законом о рекламе обязанность доказывания наличия согласия абонента на получение рекламы посредством использования телефонной связи возложена на рекламораспространителя.

Из обращения Заявителя следует, что он не давал ООО "Цитрус" согласие на получение рассматриваемых рекламных сообщений.

Кроме того, как следует из представленных в заседании Комиссии пояснений Заявителя, последний, до принятия решения обращения в антимонопольный орган, предпринимал попытки прекращения в его адрес направления ООО "Цитрус" смс - сообщений рекламного характера, путем совершения телефонных звонков в адрес общества.

Указанные обстоятельства ООО "Цитрус" в рамках дела не опровергались.

При этом, согласно представленным скриншотам архива сайта www.citrusfit.ru по состоянию с 2010 года по 2017 год, Заявитель подтвердил факт не простановки им требуемой "галочки", дающей согласие на обработку персональных данных и на получения тем самым рекламы путем направления смс - сообщений от ООО "Цитрус".

Таким образом, кроме того, что ООО "Цитрус" должно было до начала направления смс - рекламы обеспечить от абонентов, в адрес которых совершались рассылки рекламного характера, получение документального подтверждения (письменные гарантии) о наличии согласия на получение рекламных сообщений, общество должно было надлежащим образом отреагировать на требование Заявителя в прекращении распространения рекламы.

Ненадлежащее исполнение ООО "Цитрус" своих должностных обязанностей явилось поводом обращения Заявителя в антимонопольный орган для защиты своих прав.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что рассматриваемые по делу обстоятельства, в том числе представленные пояснения ООО "Цитрус", не могут рассматриваться в качестве достаточного доказательства наличия надлежащего согласия Заявителя на получение рекламной информации.

Из представленных пояснений наличие предварительного согласия на получение рекламы доказано не было.

Иных доказательств выраженного Заявителем явного согласия на получение рассматриваемой рекламы не представлено.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе ответственность за нарушение требований, установленных частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, несет рекламораспространитель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе рекламораспространителем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Исходя из вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что рекламораспространителем рассматриваемых рекламных сообщений является ООО "Цитрус", что не оспаривается обществом.

Таким образом, оценив и проанализировав в совокупности и взаимной связи представленные в заседании Комиссии документы и заявленные доводы участвующих сторон, а также учитывая отсутствие доказательства наличия согласия со стороны Заявителя на получение рассматриваемой смс - рекламы, Комиссия пришла к выводу о наличии в действиях ООО "Цитрус" нарушения требований ч.1 ст.18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 1 части 2 статьи 33 Закона о рекламе антимонопольный орган осуществляет в пределах своих полномочий государственный контроль за соблюдением законодательства Российской Федерации о рекламе, в том числе, вправе выдавать рекламодателям, рекламопроизводителям, рекламораспространителям обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

В связи с тем, что распространение смс - рекламы в настоящее время ООО "Цитрус" прекращено, Комиссия пришла к выводу об отсутствии основания выдачи ООО "Цитрус" предписания о прекращении нарушения ч. 1 ст.18 Закона о рекламе по рассматриваемому факту.

Руководствуясь частью 2 пункта 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37 - 42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения Закона

о рекламе, Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО "Вымпел Ком" ненадлежащим лицом, в действиях которого содержатся признаки нарушения ч.1 ст.18 Закона о рекламе, в связи с чем производство по делу № 47-Р-2017, возбужденному в отношении ПАО "ВымпелКом", прекратить.
2. Признать ООО "цитрус" нарушившим требования, определенные частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившиеся в распространении смс - сообщений

14.07.2017 в 17:57: "Бронируйте две карты...", 18.08.2017 в 18:38: "Дарим шесть месяцев фитнеса ...", 15.09.2017 в 11:12: "Осень фитнеса бесплатно...",

направленных посредством подвижной радиотелефонной связи на номер сотового телефона Заявителя без его предварительного согласия.

2. Не выдавать ООО "Цитрус" предписание о прекращении нарушения Закона о рекламе в связи с прекращением распространения рекламы. 3. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в отношении ООО "Цитрус".

Решение может быть обжаловано в Арбитражный суд Чувашской Республики-Чувашии в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

«...»